

Perspectivas inquietantes.

En los párrafos anteriores se ha repasado la importancia que la inseminación artificial puede tener en puntos como el estado civil de los hijos procreados merced a ella, el adulterio, la impugnación de la paternidad presunta, el reconocimiento y la declaración judicial de paternidad natural, el parentesco en general. Pero en todo caso con referencia a lo que pudiéramos clasificar como inseminación artificial normal, es decir, la que se hace en una persona del sexo femenino con el semen de otra determinada del masculino.

Ahora bien, las investigaciones, que no cesan en este campo, permiten vislumbrar nuevas variantes y es así como la literatura médica ilustra sobre el empleo en otros países de semen mezclado del marido y de un tercero. Por demás está decir que, de alcanzarse finalmente en estos ensayos el éxito que no tuvieron en un comienzo, los problemas ya reseñados aumentarán en magnitud increíble, hasta la perplejidad, pues que podría llegar a hablarse de algo que era impensable, como sería una especie de paternidad compartida y un hijo en el que concurrirían el estado de legítimo con respecto a uno de los padres y el de natural con respecto al otro.

Y en otra faceta, que se aparta de lo que es propiamente inseminación artificial pero que de todas maneras debe ser tomada en cuenta como desenvolvimiento de las técnicas genéticas, se ha abierto la posibilidad, citada al comienzo de este artículo, de lograr que el óvulo fecundado de una mujer pueda ser insertado en el cuerpo de otra; así, aquélla concebiría al hijo, pero la segunda lo llevaría en sus entrañas hasta el alumbramiento mismo. Si, como no sería sorprendente que sucediera a corto plazo, se hiciera realidad una expectativa semejante, es obvio que habría que llegar a revisar una serie de conceptos, no solo jurídicos sino del lenguaje corriente tan elementales como los de la madre e hijo, nacimiento, embarazo y tantos otros y las consecuencias de derecho sustantivo y probatorio anexas a los mismos; para no hablar de nociones que dicen más a la moral (virginidad, castidad, etc.), ni de las discusiones inevitables alrededor de la licitud de los convenios, hasta ahora extravagantes, que tengan por objeto la utilización de las funciones del organismo ajeno.

Primera Parte: Introducción

1. Consideraciones Preliminares
2. Tipificación de ciertos delitos penales
3. La inseminación artificial como delito: un problema de índole antijurídico y culpable
4. Nomen Juris
5. Referencia jurídica a la infracción penal
6. Clasificación de la infracción penal

Segunda Parte: La inseminación artificial "normal" desde el punto de vista jurídico

7. Principio de la legalidad de los delitos
 8. Debe ser delito la inseminación artificial
 9. La doctrina y el problema de la paternidad en la inseminación artificial
- ## LA INSEMINACION Y FECUNDACION ARTIFICIALES:
- ### ASPECTOS JURIDICOS
10. Primer Grupo: Delitos penales
 11. Segundo Grupo: Infracción penal
 12. Tercer Grupo: Infracción penal
 13. Cuarto Grupo: Infracción penal
 14. Proyecto de ley
 15. La inseminación artificial en el Código Penal
 16. Infracción penal
 17. La inseminación artificial como delito
 18. La inseminación artificial como delito
 19. "El sujeto activo de ciertos delitos de infracción penal"
 20. Nueva posición: Proyecto de ley
 21. Justificación al anterior proyecto

Alirio Sanguino Madariaga

Tercera Parte: La inseminación artificial "no consentida" en el Nuevo Código Penal Colombiano

22. La inseminación artificial "no consentida" como delito contra la libertad individual
 23. ¿Qué interés jurídico se quiere proteger en los delitos contra la libertad individual?
 24. Agravantes del artículo 280 del Código Penal Colombiano
 25. Crítica a los agravantes del artículo 280 del Código Penal
 26. Primer agravante: inseminación artificial "heterológica"
 27. Segundo agravante: inseminación artificial en mujer soltera menor de 16 años
 28. Conculcamiento de la infracción menor de 16 años
 29. La inseminación artificial
 30. La inseminación artificial
- Doctor en Derecho de la U. de A.
Juez Promiscuo Municipal Ebéjico (Ant.).
Medellín, Colombia, Carrera 67, N° 106B-5.

SUMARIO:

Primera Parte: *Introducción.*

1. Consideraciones Preliminares.
2. Tipificación de nuevos hechos punibles.
3. La inseminación artificial no consentida como hecho punible típico, antijurídico y culpable.
4. Nomen Juris.
5. Relevancia jurídica de la distinción entre inseminación y fecundación artificiales.
6. Clasificación de la inseminación y fecundación artificiales.

Segunda Parte: *La inseminación artificial como hecho punible; doctrina y legislación.*

7. Principio de la legalidad del delito.
8. Debe ser delito la inseminación artificial en seres humanos.
9. La doctrina y su posición ante la licitud o ilicitud de la inseminación artificial en seres humanos.
 - 1). Primer Grupo: ilicitud de la inseminación artificial.
 - 2). Segundo Grupo: licitud de la inseminación artificial homóloga e ilicitud de la heteróloga.
 - 3). Tercer Grupo: licitud de la inseminación artificial homóloga e ilicitud de la heteróloga cuando se practica sin consentimiento del marido.
 - 4). Cuarto Grupo: la inseminación artificial y su encuadramiento en hechos punibles tipificados por el Código Penal.
10. Proyectos de ley incriminadores de la inseminación artificial.
11. La inseminación artificial en el Código Penal Brasileiro de 1969.
 - 1). Tentativa y (consumacao) consumación.
 - 2). La inseminación artificial como "crime de constringimento ilegal".
 - 3). La inseminación artificial como "crime contra o casamento".
 - 4). "O sujeito ativo do crime de inseminacao artificial".
12. Nuestra posición. Proyecto de artículos.
13. Justificación al anterior proyecto.

Tercera Parte: *La inseminación artificial "no consentida" en el Nuevo Código Penal Colombiano.*

14. La inseminación artificial "no consentida" como delito contra la libertad individual.
15. ¿Qué interés jurídico se quiere proteger en los delitos contra la libertad individual?
16. Agravantes del artículo 280 del Código Penal Colombiano.
17. Crítica a los agravantes del artículo 280 del Código Penal.
 - 1). Primer agravante: inseminación artificial heteróloga.
 - 2). Segundo agravante: inseminación artificial en mujer soltera menor de 16 años.
18. Consentimiento de la mujer menor de 16 años.
19. La inseminación artificial heteróloga y la "turbatio sanguinis".
20. La inseminación artificial no consentida y el constreñimiento ilegal.

INTRODUCCION

1. Consideraciones Preliminares.

La humanidad se halla en constante renovación en una marcha que no puede detenerse. La técnica cada día más sofisticada y el desarrollo incontrolado que en los tiempos modernos ha adquirido la biología en todas sus ramas han puesto a pensar a los juriscultores y legisladores de todos los países del mundo, sobre la conveniencia de regular legalmente los efectos que en un momento determinado tengan que ver con el perfeccionamiento moral y supervivencia del hombre.

Al respecto ha dicho Vasco Damasceno Weyne que **"o progresso da ciencia e da técnica, particularmente no domínio da medicina, inquieta crenças religiosas, vulnera as nocoes de moral dominantes e confunde, extremadamente, quanto nao subverte, os conceitos jurídicos.**

"Assim tem sido nosso século, nos dias que vivemos, com os êxitos das técnicas do trasplante de órgãos e da inseminação artificial avancos da medicina que incitam a perplexidade nos altiplanos das superestruturas sociais de nosso tempo, abrigando, ao serem encarados, a profundas revisoes, nos terrenos das concepções religiosas, éticas, psicológicas e jurídicas... E nos seus aspectos legais, que a aplicação dessas técnicas semeiam as mais encapeladas controvérsias".¹

En el mes de julio de 1978, tuvo lugar en el Hospital de Oldham de Londres el nacimiento de una niña, Luisa Brown, cuya concepción fue lograda en una probeta y el óvulo previamente dispuesto y fecundado, fue depositado luego en el útero de la futura madre, configurándose así uno de los típicos casos de fecundación artificial, fenómeno éste que ha dado lugar a controversias de índole social, religioso, moral, biológico y ahora jurídicas.

(1) Weyne, Vasco Damasceno. "Inseminação artificial-Previsão no Código Penal de 1969". en "Justitia" (Orgao do Ministério Público de Sao Paulo), Sao Paulo (Brasil), Nº 75, pág. 100.

EPIGRAFE:

*"Las conquistas en el campo de la genética humana exigen al jurista, ahora, conjugar los datos que aquélla computa en el espectro de las realidades —o posibilidades— biológicas, con los presupuestos que informan la —llamémosle así— realidad jurídica. En ese entendimiento creemos necesario determinar las directivas fundamentales para ensayar no sólo una consideración axiológica de los resultados a que puede conducir la aplicación de las posibilidades que brinda la genética, sino su adecuada integración en función interpretativa del derecho vigente".**

*Zannoni, Eduardo A. "INSEMINACION ARTIFICIAL Y FECUNDACION EXTRAUTERINA" (Proyecciones jurídicas), Ed. Astrea, Bs. Aires, 1978, págs. 38 y 39.

La inseminación artificial se ha venido practicando en mayor o menor escala en muchos países del mundo, sin que los cuerpos legislativos de los mismos, se hayan preocupado por darle el tratamiento jurídico que ella se merece.

“Yo creo —dice Enrique Díaz de Guijarro—, que fuera de los planteamientos éticos y religiosos el jurista y el legislador tienen una función especialísima y trascendental, que es de recoger la realidad, no puede haber ley en contra de la realidad ni puede haber ley que la ignore, porque entonces se produce una disociación entre el fenómeno vital y la norma reguladora del fenómeno vital. ¿Existe el fenómeno? ¿Hay práctica de inseminación artificial? Pues la ley no tendrá más remedio que consagrar normas que no significan fomentar la inseminación artificial... El legislador, el doctrinario, el profesor, el juez, tienen que resolver los problemas que la realidad presenta y la realidad está por encima de la elaboración mental de las categorías filosóficas o de principios morales, dando las normas necesarias para que ese fenómeno real se desenvuelva dentro de ciertas medidas y con las seguridades, en lugar de que ocurra como en la actualidad, que se desenvuelve o en la clandestinidad o en la inseguridad jurídica, porque la jurisprudencia francesa, la italiana, la inglesa, la norteamericana lo mismo que en Alemania, donde abundan problemas de inseminación artificial, se enfrentan con los fenómenos vitales y de pronto unas sentencias dicen que la mujer que se ha hecho inseminar sin autorización marital ha cometido adulterio, y otras en cambio proclaman que no hay adulterio sino simplemente injuria grave por haber obrado sin el consentimiento marital”.²

Según el profesor Folco Domenici, “em 1950, constava o nascimento até entao, de 250.000 ‘bebés de proveta’, nos Estados Unidos da América, sendo 100.000 resultantes do processo heterólogo. Em Londres, o cálculo era de 6.000 nascimentos por ano, sendo que, em Gra-Bretanha, estimava-se em 1 ‘babie test tube’ por cada 7.000 nascimentos. Na Austrália, há poucos anos, o ‘Bruxelles Medical’ noticiava a existencia de, aproximadamente, 6.000 filhos da seringa. A applicacao do processo vem ocorrendo com frequencia no Japao, Estado de Israel, Alemanha e Suécia. Neste último país, já

(2) Díaz de Guijarro, Enrique. “Las modernas técnicas biológicas y el Derecho de Familia”, en “Revista del Ministerio de Justicia”, Caracas, año XIII, enero-febrero-marzo de 1964, N° 48, pág. 384.

em 1964 ocorriam 500 nascimentos anuais, por contados artificios inseminativos extraconjugais”.³

En nuestro país, se tiene conocimiento, según publicación hecha por la Revista “VEA” de Bogotá en octubre 9 de 1979, de la existencia en la capital de la República (Bogotá) de un “banco de semen”, dirigido por el “Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad”, bajo la tutela de los doctores Elkin Lucena Quevedo, director, la doctora María Eugenia Platín, el doctor Steve Anderson, experto en criobiología (biología de bajas temperaturas) y el doctor Armando Dávila; se sabe además que en el mes de febrero de 1979, vino al mundo “el primer ser humano nacido en Colombia producto de una inseminación artificial heteróloga, mediante la técnica del semen congelado bajo nitrógeno líquido, que había sido preservado durante más de tres meses”. Se cree que en la actualidad pueden haber nacido por este procedimiento, en Colombia, unos 800 seres humanos.

Como puede verse no es un secreto para nadie el auge que la práctica de la inseminación artificial ha tomado en los últimos tiempos.

Hemos querido, a través de estas notas, plantear en forma general las implicaciones penales y civiles que se desprenden de la práctica de la ins. y fec. artificiales en los seres humanos. Haremos alusión a la legislación y doctrina de los autores más representativos que se han ocupado de este fenómeno biológico-instrumental, para luego detenernos brevemente, en la regulación que el legislador colombiano hizo en el Nuevo Código Penal de la ins, art. no consentida, como delito atentatorio contra la libertad individual. La última parte del trabajo, estará dedicada a analizar los presupuestos civiles que se derivan de dicha práctica.

2. Tipificación de nuevos hechos punibles.

En su ponencia para primer debate ante el Honorable Senado de la República, del Proyecto de Ley número 12 de 1978, “por el cual se expide el Nuevo Código Penal”; el doctor Federico Estrada Vélez, manifestaba que “la novedad fundamental del Código consiste en un incremento notorio del campo de la ilicitud penal, para hacer objeto de tutela numerosos comportamientos altamente ofensivos para la sociedad que se transforma en sus hábitos y

(3) Domenici Folco. “Dados Médico-Sociais Sobre a Inseminacao Artificial”, en “Rev. Resenha Clínico-Científica”, Nros. 9/10, 1964.

costumbres en virtud del desarrollo económico y de su crecimiento demográfico, lo mismo que debido al fenómeno de interacción mundial, gracias al prodigioso avance de las comunicaciones".⁴

Estos comportamientos 'altamente ofensivos', que hacía alusión el doctor Estrada Vélez, y que el nuevo Código Penal tipifica como hechos punibles, son entre otros: "De la celebración indebida de contratos", (artículos 144 a 146); "Del enriquecimiento ilícito", (184); "Del fraude electoral y otras infracciones", (182 a 185); "Del acaparamiento, la especulación y otras infracciones", (229 a 241); "De los delitos contra los recursos naturales", (242 a 247); INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA", (280), etc.

3. La inseminación artificial no consentida como hecho punible típico, antijurídico y culpable.

La inseminación artificial no consentida, aparece por primera vez en el anteproyecto del Código Penal de 1978, (artículo 408), que fue presentado a consideración del H. Senado de la República, en agosto de 1978, por el doctor César Gómez Estrada, en ese entonces Ministro de Justicia.

En la elaboración del citado anteproyecto, intervinieron el doctor Luis Carlos Giraldo Marín, Presidente de la Comisión Revisora del Código Penal, quien fue el "gestor" del artículo 280 del Nuevo Código Penal consagratorio de la "inseminación artificial no consentida".

En el documento de explicaciones que la comisión del 78 acompañó al anteproyecto, se expone en forma detallada el pensamiento que los guió en las discusiones de su articulado, el que hemos tomado como base en la elaboración de estas notas.⁵

La inseminación artificial no consentida, se ubicó en el artículo 280, Capítulo Tercero que tipifica los delitos contra la autonomía personal. Este capítulo pertenece al Título X, el que tiene como epígrafe "Delitos contra la libertad individual y otras garan-

(4) "Anales del Congreso", Organó de Publicidad de las Cámaras Legislativas. Bogotá, N° 38, pág. 579.

(5) "Anales del Congreso", N° 17, agosto 22 de 1978.

(6) "La denominación de cada título de la parte especial del Código indica el objeto jurídico de la tutela penal, con respecto a las infracciones en él descritos...". Luis Eduardo Mesa Velásquez, "Lecciones de Derecho Penal", Ed. Universidad Externado de Colombia, 1974, pág. 101.

tías",⁶ del Nuevo Código Penal que entró en vigencia el 29 de enero de 1981, de conformidad con lo estipulado en el Decreto N° 172 del 28 de enero de 1980.⁷

4. Nomen Juris.

Es preciso tener clara la definición del verbo rector "inseminar" para evitar equívocos al momento de entrar a calificar la acción delictiva.

¿Qué se entiende por inseminación artificial? La doctrina la ha definido como aquel método o artificio distinto a los dados por la naturaleza para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer.

Waming-Bender, la define como el método de introducir el esperma del varón en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación, pero distinto de la forma natural.⁸

En igual forma, el doctor Giraldo Marín, siguiendo a Octavio Aparicio, define la inseminación artificial como "las maniobras realizadas por el médico para introducir, en el órgano femenino, el semen previamente recolectado".⁹ Basta agregar que no solamente el médico, está en capacidad de practicar la inseminación artificial.

"Es bueno tener presente que no es lo mismo inseminación artificial, que fecundación artificial, aunque algunos la confunden. Esta última se refiere a toda operación que tiene por objeto hacer germinar el óvulo con los espermatozoides masculinos, recurriendo a procedimientos no naturales. El modo más llamativo de esta técnica es el que se efectúa in vitro. Así se logra el desarrollo del óvulo fuera del útero materno. Puede ocurrir que se realice la inseminación artificial de la mujer, y en cambio que no se produzca la fecundación que se esperaba. La intervención del hombre en la inseminación, no hace artificiales los fenómenos consiguientes al encuentro de los gametos".¹⁰ Agregamos que el concepto fecun-

(7) El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó la ley 5ª de 1979, expidió el Nuevo Código Penal por Decreto N° 0100 del 23 de enero de 1980, aclarado luego, en algunos de sus artículos, por los Decretos 141 y 172 del 25 y 28 de enero del 80.

(8) García Aguilera, José Antonio. "Problemas Jurídicos de la inseminación artificial con especial referencia a las cuestiones penales", en Revista de Derecho Judicial, Nros. 51/52, julio-diciembre de 1972, Madrid, España, pág. 177.

(9) "Anales del Congreso", N° 17.

(10) *Ibidem*.

dación artificial, solo es aplicable cuando la inseminación ha tenido éxito, es decir, de efectiva concepción, por lo que es más exacto designar el procedimiento mismo con la expresión inseminación artificial y reservar la de fecundación artificial a los casos de éxito positivo.

Es común encontrar en la doctrina el uso indistinto de las expresiones ins. y fec. artificiales. Consideramos de vital importancia demarcar el correcto significado de las mismas, por cuanto ellas designan etimológicamente fenómenos biológicos, totalmente diferenciados. Vasco Damasceno, en el artículo citado, correctamente presenta la distinción que queremos resaltar, así:

"INSEMINACAO: s.f./ do lat. INSEMINARE-de IN, em, dentro - SEMEN, semente. Adeposicao de esperma na vagina.

"INSEMINACAO ARTIFICIAL: A deposicao de esperma dentro de vagina ou do útero por meios outros que nao através do coito.

"FECUNDACAO: s.f./ do lat. FECUNDATIO, de fecundare, impregnar. Fase da reproducao que consiste na impregnacao do óvulo maduro pelo espermatozóide e fusao dos pronúcleos masculino e feminino. SINON.: fertilizacao, impregnacao".¹¹

"Os autores estao inclinados a admitir que a palavra INSEMINACAO é mais compreensiva da técnica, que se limita a conduzir o semen pelo itinerário genésico, até o seu destino (vagina, útero ou trompas), onde se casara, ou nao, com o óvulo. Ao passo que, o emprego do termo FECUNDACAO importa, de alguna sorte, no prejulgamento deste último resultado, por isso que é mais significativo do pretendido acasalamento".¹²

Octavio Aparicio, afirma que "se ha confundido durante mucho tiempo la fec. art. con la ins. art., conceptos completamente diferentes, pues aunque puedan superponerse en algunos sentidos en el estrictamente etimológico, fallan por su base. La ins. art. como su nombre lo indica, es el hecho médico mediante el cual introducimos en el aparato genital femenino el semen previamente recolectado. En cuanto a la fec. art. solamente las últimas experiencias de Herting y Rock, haciendo las salvedades teológicas del caso,

(11) Paciornick, Rodolpho. "Diccionario Médico". Ed. Guanabara Kogan S. A. - 1969, págs. 294 y 240 respectivamente. Citado por Damasceno Weyne, op. cit., pág. 113.

(12) Vasco Damasceno. Op cit., pág. 113.

han conseguido en un vidrio la fusión de dos células, masculina y femenina, y la formación de un huevo que intentó desarrollarse, pero que tempranamente murió".¹³

Hay quienes manifiestan que la fecundación artificial como tal no existe, por cuanto "la fecundación en sí misma, unión de espermatozoide y óvulo, es perfectamente natural, lo que no ha sido natural es la introducción del semen en el cuerpo femenino..."¹⁴

Tampoco ha existido unanimidad en la utilización de los términos inseminación artificial. Así, los italianos Berutti, Traina-Rao, Tesauo y Abruzzese hablan de "SPERMIOSEMINA ARTIFICIALE". Durando, propone el término "SPERMATEIPORA INSTRUMENTALE". En España, Batlle, Valterra, Martínez Val y Ramón M^a de Veciana, han utilizado el término de "EUTELEGENESIA".¹⁵

5. Relevancia jurídica de la distinción entre inseminación y fecundación artificiales.

¿Qué trascendencia jurídica puede desprenderse de la distinción entre inseminación artificial y fecundación artificial? Entendiendo la inseminación artificial como el PROCEDIMIENTO médico mediante el cual se introduce semen en el interior de los órganos genitales de la mujer "por medios otros que nao através do coito", es evidente que es al Derecho Penal a "quien" debe interesar esta práctica biológico-instrumental. Si se quiere evitar la "turbatio sanguinis" en la familia, no se logra el objetivo incriminando la fecundación, sino sancionando aquellos comportamientos que precisamente tienden a lograr dicha fecundación, en la medida en que ponen en peligro la estabilidad de la familia. De ahí, que no pro-

(13) Aparicio, Octavio. "Revista de Medicina Legal", marzo-abril de 1956. Citado por García Aguilera, op. cit., págs. 179-180.

(14) Cfr. Díaz de Guíjarro. Op cit., pág. 383, y Uribe Cualla, Guillermo. "La Fecundación Artificial ante la Moral y la Jurisprudencia", en "Universitas", Bogotá, 1962, N^o 22 pág. 186.

(15) Díaz de Guíjarro, refiriéndose a esta expresión, ha dicho: "En los tratadistas católicos ha aparecido otro vocablo, EUTELEGENESIA, una expresión sonora, con un eufemismo elegante para no tener que decir inseminación artificial, porque en realidad no puede decirse que inseminación artificial sea lo mismo que EUTELEGENESIA, está la partícula EU, que significa BELLO o PERFECTO, y no siempre la inseminación artificial supone siempre una inseminación eugenésica en el sentido de buscar una perfección porque si se produce la inseminación artificial con sustancia del propio marido para remediar circunstancias funcionales entonces no estaríamos en presencia de una eutelegenesia porque no están en juego el factor eugenésico sino la plena realización de las ansias paternas del propio marido". (Op. cit., pág. 183).

pugnemos por la incriminación de la inseminación artificial en todas sus modalidades, sino en aquella (heteróloga cuando las circunstancias biológicas y médicas no la exijan) que altera los lineamientos éticos y sociales que han servido de soporte a las instituciones familiares.

Ahora bien, practicada la inseminación artificial con éxito, ya sea en sus modalidades permitidas (homóloga y heteróloga cuando las circunstancias orgánicas lo exijan), como en las prohibidas, es claro que el producto de dicho PROCEDIMIENTO debe encontrar una regulación jurídica que le permita el goce de los atributos a que tiene derecho como miembro de la sociedad y a la seguridad jurídica en sus relaciones con los demás miembros de la familia, sobre todo en lo que respecta a la filiación, paternidad, derechos hereditarios, etc.

Entendida en esta forma, la fecundación artificial, corresponde al Derecho Civil su regulación. Creemos que se hace urgente una correcta y pronta regulación de estos aspectos, tanto desde el punto de vista penal como del civil, para evitar que seres humanos nacidos por inseminación artificial, se encuentren con una legislación arcaica, en la que, estos fenómenos biológicos, no eran previsibles en el momento de su promulgación.

El profesor Eduardo A. Zannoni, plantea la situación que surge desde el momento en que se tipifique la inseminación artificial, como hecho delictuoso, en relación al nuevo ser producto de dicha técnica. en los siguientes términos: "Supongamos que por hipótesis, se la tipifique incluso (la ins. art. heteróloga) como delito del derecho penal. La condena al medio, al PROCEDIMIENTO, no evitará que se presente el problema del HIJO CONCEBIDO mediante dicho PROCEDIMIENTO. Ni el derecho ni la sociedad podrán negar que se está ante un nuevo ser, que es un fin en sí, una nueva vida creada a pesar del medio empleado para engendrarla. Ese hijo, entonces, más allá de la condena de sus mayores por la sociedad, requiere un adecuado emplazamiento en el estado de familia.

"La reglamentación de los efectos de la inseminación artificial debería sólo establecer pautas de certidumbre en las relaciones jurídicas que protagoniza el hijo, sin por ello dejar de condenar, si es el caso, el medio".¹⁶

(16) Zannoni, Eduardo A. "Inseminación artificial y fecundación extrauterina —Proyecciones Jurídicas—. Ed. Astra, Buenos Aires, 1978, págs. 79 y 80.

6. Clasificación de la inseminación y fecundación artificiales.

La doctrina ha coincidido en clasificar la inseminación y fecundación artificiales en los seres humanos, en HETEROLOGA, cuando se practica con espermatozoides o semen de donador QUE NO SEA EL MARIDO, que podrá ser conocido o desconocido, HOMOLOGA, cuando el líquido fertilizante corresponde al marido y MIXTA, cuando se mezcla el producto del marido con el de otro u otros hombres.

Según la autorizada apreciación de consagrados tratadistas de la materia que nos ocupa, los términos HOMOLOGO y HETEROLOGO, son aplicables únicamente a la práctica inseminatoria artificial en MUJER CASADA. Esta situación nos da sustento para criticar el incorrecto uso que de ellos se ha venido haciendo por algunos autores, al querer hacer extensivos dichos términos a la inseminación artificial en mujer soltera.¹⁷

(17) Cfr. Gaitán Mahecha, Bernardo. "Inseminación artificial en los seres humanos ante el Derecho Colombiano", en "Universitas", Bogotá, 1965, N° 29, pág. 168. Habla este autor de "inseminación artificial heteróloga en mujer soltera o no ligadas a un matrimonio.

Constátese uso correcto de estos términos en Uribe Cualla, op. cit. págs. 185 y 186; Martínez Val, José María. "La Euteleogenesia y su tratamiento penal". (Tesis para el Doctorado en Derecho), Madrid-Ciudad Real, 1952, págs. 26 y 27; García-Aguilera, op. cit., págs. 51 y 52; Damasceno Weyne, op. cit., pág. 103; Díaz de Guíjarro, op. cit., pág. 383; Torres Rivero, Arturo Luis. "Derecho de Familia y Desarrollo" en "Actas Procesales de Derecho Vivo" Caracas, Vol. X, Nros. 26/27, pág. 215; Viana, Marco Aurelio S. "Da Inseminacao Artificial", en "Revista da Faculdade de Direito" (Universidade Federal de Minas Gerais), Belo Horizonte, maio de 1979, año XXVII, N° 21, Vol. 27, pág. 240, para quien "O espermatozoides pode ser do marido ou de um terceiro. No primeiro caso, tem-se a inseminacao homóloga; no segundo, ela é conhecida como inseminacao heteróloga ou hetero-inseminacao".

LA INSEMINACION ARTIFICIAL COMO HECHO PUNIBLE: DOCTRINA Y LEGISLACION

7. Principio de la legalidad del delito.

El régimen normativo penal del país está determinado por los principios NULLUM CRIMEN SINE LEGE y NULLA POENA SINE LEGE, los cuales encuentran su garantía fundamental en el artículo 28 de la Constitución Nacional.¹⁸ De acuerdo con esos principios, para que un hecho pueda entenderse como infracción penal, preciso es que la ley le haya dado ese carácter, conminándolo, dentro de la misma norma que lo disciplina, con la respectiva sanción.

La tipicidad del delito es el perfil riguroso que contornea las varias figuras de antijuricidad. Por eso escribe Cuello Calón: "Un hecho no es antijurídico si no se halla definido por la ley como delito. Por antisocial o inmoral que se repute, si la ley no lo considera como delictuoso, no es delito".¹⁹

Tal es la situación de la inseminación artificial ante la legislación penal. Por no estar tipificada como delito puede ser practicada con cierta frecuencia y progresiva rapidez en muchos países del mundo.

8. Debe ser delito la inseminación artificial en seres humanos:

Creemos que no debe adoptarse una posición radical en el rechazo incondicional de esta práctica que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer. En muchos casos la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mu-

(18) Artículo 1º del Código Penal, dice: "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medidas de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

(19) Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal" Quinta Edición, Tomo I, Bosch, Barcelona, pág. 294.

jer, sin ser ésta estéril. Así, por ejemplo, trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que neutralizan los espermatozoides, aplasia ovárica, atresias vaginales que impiden la introducción adecuada del pene, entre muchas otras. No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico puede recurrirse a la inseminación con semen del marido.

La inseminación artificial homóloga no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano, con los componentes genéticos del marido y mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre ellos, pero no porque éstos lo excluyan del objeto de su matrimonio sino porque, por sí, ese coito o cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación.²⁰

En lo que concierne a la inseminación artificial heteróloga, puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido, ejemplo por azzospermia, necrospermia, etc., la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero. En este caso la inseminación no es solo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que además aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar.

Damasceno Weyne, dice que la inseminación artificial heteróloga "tem applicacao, precisamente, nas hipótesis da esterilidade do marido, quanto se requer, para a fecundacao, o semen normal... A inseminacao artificial é a terapeutica da esterilidade".²¹

(20) Quienes cuestionan, en general, la inseminación artificial parte de la siguiente premisa: en el matrimonio las funciones orgánico-sexuales son inseparables. Por tal razón, la licitud de la reproducción humana está condicionada a que se logre mediante la cópula perfecta. Lo contrario importaría una violación sui generis de la ley natural.

El Papa Pío XII, en su discurso a los médicos católicos en 1949, manifestaba que "el elemento activo (de la fecundación) no puede ser jamás procurado lícitamente por actos contra la naturaleza". Sobre el tema, cfr. al profesor Montero, Eloy, "Pío XII y el problema de la eutelegenesia", en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid", Nº 4, año 1958 págs. 281 a 295.

Gatti, Hugo E. "La Familia y la técnica actual", en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", de Montevideo, 1961, enero-marzo, año XII, Nº 1, considera que "cuando por defectos orgánicos la cópula sexual no puede realizarse en forma apta para fecundar a la mujer, no existe motivo para impedir, y muchos para permitir que los cónyuges recurran a ese procedimiento para procurar hijos, y cuyo resultado final es idéntico al que tiene lugar, mediante la aproximación de los cónyuges". (Págs. 32 y 33) En igual forma, Figueira, Ellis Hermydio. "Inegociabilidad da matéria organica - Transplante de órgãos ou partes do corpo, o sangue o leite e o semen", en "Justitia", (Orgao do Ministerio Público de Sao Paulo), Sao Paulo, 1969, Vol. 64, pág. 149; Viana, Marco Aurélio S., op. cit. pág. 245.

(21) Damasceno Weyne, op. cit., pág. 108.

Cuando se ha recurrido a la inseminación artificial heteróloga, en el supuesto antes analizado, es decir, cuando se han aceptado los métodos y técnicas que la ciencia moderna pone al alcance del hombre para la consecución del fin no importa una afrenta a la naturaleza. Es que el hombre mediante la ciencia ha logrado, gracias a la razón, SUPERAR CARENCIAS NATURALES. Del mismo modo que extirpa un tumor canceroso que la naturaleza produce espontáneamente en su cuerpo conduciéndolo a la muerte en caso de no hacerlo, o que interviene quirúrgicamente en la apendicitis o acepta una transfusión de sangre o un trasplante de corazón, el hombre ASUME SU NATURALEZA y la completa, la perfecciona.²²

Si se recurre a la técnica artificial para procrear, cuando terapéuticamente no es exigente, se contraría la naturaleza ética que sólo en la concepción matrimonial ve el modo apetecible de generar la vida. No aludimos a la naturaleza biológica, por cuanto la fecundación siempre se cumple de acuerdo a las leyes de la naturaleza. Lo que repugna es el medio: la implementación de la naturaleza biológica para afrentar la naturaleza ética de la procreación humana, cuando su logro es posible en el matrimonio. Por este motivo, sólo debe permitirse la utilización, en el matrimonio, del semen de un tercero "donante", UNICAMENTE cuando éste aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar. En todos los demás casos debe ser censurada esta práctica inseminatoria, AUN CON EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.²³

(22) En el año de 1961, se celebró en la Argentina el III Congreso Nacional de Derecho Civil y al considerarse el tema relativo a las pruebas de la filiación y las conclusiones de la biología (Tema 20), en la cual la comisión que debatió sobre este tema produjo dos conceptos: uno suscrito por Luis Moisset de Espanés y Pedro León Feit, propiciando que "no obstante los adelantos alcanzados en el campo de la inseminación artificial no se introduzca ninguna reforma en nuestra legislación que le de cabida". El otro concepto fue suscrito por Enrique Díaz de Guíjarro Julio J. López del Carril y Rubén A. Simonet, y decía: "que la inseminación artificial constituye un procedimiento que se practica para superar las deficiencias funcionales —ins. homóloga— o para suplir la esterilidad masculina —ins. heteróloga—; que las posiciones religiosas, filosóficas o morales con que se valore la inseminación artificial no obstan a su regulación legal, por cuanto la realidad humana debe ser recogida normativamente para fijar los principios que la regirán, sin que esto implique fomentar determinadas prácticas, sino responder a los fenómenos sociales que se producen". Propiciaban la creación de "un régimen que fije las consecuencias legales de la práctica de la inseminación artificial". (Zannoni. Op. cit., pág. 81 y 82).

(23) No puede dejarse de lado, la posibilidad, no del todo remota, de resultados inconcientos, pero realmente incestuosos, con sus secuelas de degeneración orgánica en grandes masas. Hace más de treinta años, el doctor Robert Forbes, "The medico legal aspects of artificial insemination", en "The medico legal and criminological Review", julio-sep., año de 1944, págs. 138 y ss., citado por Martínez-Val, op. cit., pág. 33, nota N° 14 y Ch. Laredo, "La Inseminación Artificial en Inglaterra", ci-

"La fecundación por donador, aún con el consentimiento del marido —dice Martínez-Val— atenta a la unidad del matrimonio y a las promesas de mutua y exclusiva entrega de los cuerpos incita en el matrimonio. Porque esa mutua y exclusiva posesión no es meramente la carnal, sino las consecuencias naturales que de la misma pueden derivarse... a nadie le es lícito traspasar los límites de un orden imperado por la naturaleza misma de las cosas y de las instituciones sociales".²⁴

9. La doctrina y su posición ante la licitud o ilicitud de la inseminación artificial en seres humanos:

Podríamos clasificar las diferentes posiciones que se han adoptado en torno a este problema, en cuatro grupos, así:

tado por Martínez-Val, op. cit. pág. 33, nota N° 13, plantearon esta posibilidad, la que con el paso de los años, va logrando su materialización. Decían ellos que basta con 0.01 c. c. de semen para la fecundación. La cantidad de esperma normal en cada aportación de un donador es de 5 a 6 c. c., y sobre el supuesto, perfectamente normal de dos aportaciones por semana, resultan 10 c. c. y, por tanto, unos 500 intentos de fecundación semanales por cada donador. Al año cada donador podría, pues, ser base de unas 26.500 fecundaciones; y descontando un 30 por ciento de frustraciones (7.800) se concluye que un solo donador puede ser padre, por vía de fecundación artificial, de unos 18.000 hijos anualmente. Transportando hipotéticamente este número de fecundaciones artificiales posibles al número de niños que en 1949 nacieron en España, según datos oficiales (594.936) se llega a la asombrosa conclusión de que, teóricamente, podrían haber sido engendrados, por solo 35 padres, cuya capacidad de procreación durante varios años es evidente, manteniendo, además, las mismas proporciones de incremento demográfico. Resultaría así que al llegar estos recién nacidos a la edad adulta y contraer matrimonio entre sí o multiplicar algunos de ellos en concepto de donadores su procreación, habría una formidable cantidad de matrimonios o fecundaciones "entre hijos del mismo padre", y esto es la más completa ignorancia de los vínculos reales de parentesco. Esto ha llevado a Martínez-Val a afirmar que aunque la práctica de la inseminación artificial se encuentra limitada todavía a cifras modestas, si se considera la proporción de la población total. (No olvidemos que esto lo decía en el año de 1952). Pero no hay duda de que está llena de posibilidades de expansión. Estas posibilidades significan un grave y grande peligro para la futura salud de la humanidad. Lo que ha comenzado bajo una bandera de eugenesia puede llegar a convertirse en una triste realidad de degeneración física en masa. Cuando se trata de cuestiones sociales, y no hay duda de que lo relacionado con el origen de la vida humana es una cuestión radicalmente social, no hay que soslayar las posibles últimas consecuencias, "las que en un término de 2 ó 3 generaciones un extraordinario número de matrimonios reales de fecundación artificial en que se cruzaran las mismas sangres, con los consiguientes procesos degenerativos y siquiátricos, reproducidos por herencia. Martínez-Val. Ob cit., pá. 33).

Mientras hay quienes manifiestan que el peligro de incesto en la inseminación artificial heteróloga, es de tal modo remoto que no debe causar la más mínima preocupación (Prof. Reynold H. Boyd, en "Simposium" médico, sobre la "inseminación artificial", en Londres el 10 de febrero de 1970, en el "Charing Cross Hospital Medical School". Citado por Damasceno Weyne, op. cit., pág. 111), otros por el contrario, consideran inminente la posibilidad, tal es el caso del doctor Girond, quien en el mismo simposio "para demostrar o contrario, indica o fato de existirem, em um bairro de JOANESBURGO, na Africa so Seul, 90 jovens nascidos de ins. art. con semen de doador único" (Ibidem), 126).

(24) Martínez-Val. Op. cit., págs. 52 y 53.

- 1). Los que censuran la práctica de la inseminación artificial, sin hacer ningún tipo de distingos.
- 2). Los que SOLO aceptan la práctica de la inseminación artificial HOMOLOGA, independientemente, de la posibilidad de lograr la concepción mediante el coito entre marido y mujer.
- 3). Los que rechazan la inseminación artificial HETEROLOGA, cuando se ha practicado SIN CONSENTIMIENTO del marido, y
- 4). Los que consideran que la inseminación artificial, como hecho ilícito es posible "encajarla" en disposiciones vigentes del Código Penal, y los que se oponen a ella.

1), **Primer grupo: ilicitud de la inseminación artificial:**

Manuel Batlle, manifiesta que "la práctica de la inseminación artificial en la mujer la consideramos como una aberración constitutiva de un hecho ilícito que debe ser reprimido; y como el derecho actual no ofrece términos hábiles y suficientes para ello, el legislador debe adoptar posiciones frente al mal que se va difundiendo y atajarlo con disposiciones especiales, creando en el Código Penal, el delito de inseminación artificial, con sanciones adecuadas a la gravedad de los hechos".²⁵

Para Castán Tobeñas, hay que cerrar el paso a esta nueva y desdichada técnica, emancipada de la moral y hasta deshumanizada. Hay que proteger la dignidad del hombre, los valores espirituales humanos, y a la larga también la conservación de nuestra civilización, y aún de la especie misma, amenazada por los procedimientos de la eutelegenesia destructora de aquellos sentimientos básicos de atracción sexual que embellecen la vida y aseguran su continuidad.²⁶

El profesor Francisco Pereira Bulhoes de Carvalho, considera que **"No ponto de vista penal, nao pode o Estado ficar indiferente a implantacao do uso da industria da inseminacao artificial, tendente a dissolver la familia legitima e tornar legalmente incerta a paternidade."**

"Mesmo quando praticada en mulher solteira ou mulher casada com o consentimento do marido, as consequencias da inseminacao artificial sao extremamente danosas a vida social."

(25) *Batlle, Manuel*. "La Eutelegenesia y el Derecho", en "Revista General de la Legislación y Jurisprudencia", Tomo XXII, N° 6, junio de 1949, pág. 670.

(26) *Castán Tobeñas, José*. "Los problemas civiles de la llamada 'Inseminatio Artificialis' en los seres humanos", Zaragoza, 1956, pág. 395.

"No primeiro caso, o filho jamais poderá ter pai conhecido, senao pela abjeta revelacao médica do nome do doador profissional, inteiramente ignorado pela mulher."

"No segundo caso, o marido conspirará, de certa forma seu próprio lar, como aquele que consente na pratica do adultério por parte de sua mulher."

"Nao é possível que o Estado consinta na instalacao de industria en que fornecedores de semen recebam dinheiro, para que médicos especializados, mediante retribuicao, facam inseminacao artificial para fabricacao de filhos de pais ignorado".²⁷ Comparten esta misma tesis, entre otros THEO COLLIGNON,²⁸ IVAR STRAHL.²⁹

2). **Segundo grupo: licitud de la inseminación artificial homóloga e ilicitud de la heteróloga.**

Para Richard Sturn, la inseminación artificial heteróloga atenta a la dignidad humana, mientras que la inseminación artificial homóloga persigue el fin de procrear descendencia a los cónyuges que no la pueden lograr mediante la cópula normal. Por lo que debe ser considerada de modo completamente distinto.³⁰

Ellis Hermydio Figueira, dice que **"E licita, exclusivamente, a inseminacao artificial homologada, desde que comprovadas deficiencias organicas ou fisiológicas entre os conjuge, socorrendo-se a ciencia como meio para atingir uma das finalidades do casamento: a legítima procriacao".³¹ Comparten esta posición, entre otros: Martínez-Val,³² M. de Roberto,³³ Luis Manzanares,³⁴ Marco Aurelio S. Viana.³⁵**

(27) *Bulhoes de Carvalho, Fco. P.* "Inseminacao Artificial" in Repetório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Vol. XXVII, págs. 228,9.

(28) *Collignon, Theo.* "Artificial insemination. Les problèmes morales, Juridiques et sociales de l'insemination artificielle" en "Revue de Criminologie et de la police Technique", Ginebra, 1952, pág. 13.

(29) *Strahl, Ivar.* "L'insemination artificielle" en "Revue de Criminologie et de Police Technique", Ginebra, 1952.

(30) *Sturn, Richard.* "Les infractions contra la famille et la moralité sexuelle en Droit Belge", en "Revue International de Droit Penal", 1964, pág. 546.

(31) *Figueira, Ellis Hermydio.* Op. cit., pág. 151.

(32) *Martínez-Val.* Op. cit., págs. 33 y 51.

(33) *De Roberto, M.* "Adulterio e inseminazione artificiale" en "Scuola Positiva" (Revista de Criminologia e Diritto Criminale, 1960, pág. 71).

(34) *Manzanares, Luis.* "La Inseminación Artificial en la especie humana", en "Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios", N° 149, págs. 2547 a 2553.

(35) *Viana, Marco Aurelio S.* Op. cit., pág. 254.

3). **Tercer grupo: licitud de la inseminación artificial homóloga e ilicitud de la heteróloga cuando se practica sin consentimiento del marido:**

Morris Ploscowe, manifiesta que "la ley criminal no debe prohibir la inseminación artificial, salvo en los casos en que la citada intervención sea practicada sin el consentimiento del marido".³⁶

Para Gian Doménico Pisapia, si la inseminación artificial debe ser prohibida y eventualmente castigada, es teniendo en cuenta que se trata de un acto contra la naturaleza que, practicada en mujer casada, sin el consentimiento de su marido, perturba el orden matrimonial y más concretamente la relación natural de la procreación.³⁷

Arturo Santoro, sostiene que la fecundación artificial de la mujer sin el consentimiento podrá constituir en el desarrollo del ordenamiento jurídico actual una figura ilícita por lesionar intereses matrimoniales.³⁸

Mauel Rico Lara, propone "una nueva tipificación, dentro de los denominados 'delitos clínicos' todo ello naturalmente, como un simple esbozo o sugerencia. Y denominarlo delito de 'inseminación artificial in consentida', lo que lógicamente, presupone que el espermatozoide sea de un tercero y no exista voluntad de aceptarlo por parte del marido. . . pero dando cabida a una atenuación de la pena en el supuesto normal de que la mujer quisiera ser receptora de la inseminación, conducida por el noble deseo de maternidad".³⁹ Comparten esta posición entre otros: Gunter Blau,⁴⁰

(36) Ploscowe, Morris. "Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle", en "Revue Internationale de Droit Penal", 1964, pág. 1.504.

(37) Pisapia, Gian Domenico. "Les Problemes de Droit Penal posés par l'insemination artificielle", en "Revue de Science criminelle", N° 1, enero-marzo 1962, pág. 63.

(38) Santoro, Arturo. "Diritto Penale", Tomo IV, 1966, págs. 184-5.

(39) Rico Lara, Manuel. "La Inseminación Artificial" (Sus problemas morales y jurídicos), en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid" Vol. XII, 1968, Nros. 31/32, pág. 152.

(40) Blau, Gunter. "Les infractions contre la famille et les moeurs en Droit allemand", en "Revue Internationale de Droit Penal", 1964, pág. 439.

Eduardo Zannoni,⁴¹ Hugo E. Gatti,⁴² Vasgo Damasceno Weyne,⁴³ Giuliano Vaselli,⁴⁴ Cuello Calón.⁴⁵

4). **Cuarto grupo: la inseminación artificial y su encuadramiento en hechos punibles tipificados por el Código Penal:**

El Profesor Serrano Rodríguez, considera que la inseminación artificial es encajable en el Código Penal Español, sin necesidad de acudir a la analogía, tipificándola como un delito contra la honestidad, al entender como honestidad "modestia, recato, compostura, decencia y moderación en la persona, acciones y palabras". La persona que sufre la inseminación artificial padece "una desviación al falsamiento en su función natural, en el sentido total de función, y en esto consiste lo deshonesto".⁴⁶

Luis Manzanares, propone la inclusión de la inseminación artificial bajo un título nuevo del Código Penal Español: "Delitos contra el sentido religioso y moral de los españoles".⁴⁷

Manuel Rico Lara, dice que "los hechos que estudiamos, de tener en un futuro próximo acogida en el texto legal, pudieran denominarse 'Delitos Clínicos', porque en ellos es la intervención médico-clínica la que sobresale, al ofrecer su patrimonio científico para un fin que contraviene las normas de la naturaleza, a la que no debe sustituir hábilmente, sino ayudar en su progresiva evolución. Al distinguirlos con esta nomenclatura, queda, encajada, perfectamente la figura del donante que constituye, a través de un cauce no natural, a dar vida a un ser, del que se oculta su verdadera paternidad (tratándose de mujer soltera) o, lo que es peor, se produce una situación engañosa (tratándose de mujer casada), al

(41) Zannoni. Op. cit., pág. 123 y nota N° 75 en la misma página.

(42) Gatti. Op. cit., pág. 33.

(43) Damasceno Weyne. Op. cit., pág. 124. Propone la inclusión de la inseminación artificial en el capítulo "Dos crimes contra o casamento", observando la siguiente redacción: "ART... PERMITIR A MULHER NA CONSTANCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL, SEM O CONSENTIMENTO DO MARIDO, A PROPIA INSEMINACAO, POR PROCESSO ARTIFICIAL, COM ESPERMATOZOIDE DE OUTRO HOMEN..." (pág. 124).

(44) Vaselli, Giuliano. "La protección de la esfera de la personalidad en la era de la técnica", en "Revista de la Facultad de Derecho" (órgano de la Universidad Central de Venezuela), Trad. del doctor Arnoldo García Iturbe, N° 30, pág. 26.

(45) Cuello Calón, Eugenio. "Tres Temas Penales", citado por Rico Lara, Manuel, op. cit., pág. 149.

(46) Serrano Rodríguez, Manuel. "Estudios Penales. Recopilación Salamanca, 1967", Citado por Rico Lara, Manuel, op. cit., pág. 151, Nota N° 1.

(47) Manzanares, Luis. Op. cit., pág. 2547.

hacerlo pasar por hijo legítimo del matrimonio (en virtud de la presunción del artículo 108 de nuestro Código Civil (español), a no ser que el marido demuestre lo que está orillado de grandes dificultades prácticas, que existe una imposibilidad física de acceso con su mujer, en el término o plazo que dicho precepto señala. A todo lo dicho puede añadirse un delito de falsedad de documentos públicos (artículo 303, en relación al supuesto 4º del artículo 302 del C. P. Español), si se escribe el hijo en su condición de legítimo, a sabiendas de su verdadera y anómala paternidad y no podemos dejar a un lado la posible imputación al donante de las obligaciones inherentes a la paternidad (artículo 134, 2º del C. C., con carácter general, y el artículo 143, 4º, del mismo texto legal, en cuanto a la prestación de alimentos); sin descuidar tampoco la hipótesis de obligación de reconocimiento de su hijo natural (en los casos en que la condición de ambos padres lo permita por encontrarse en el supuesto del artículo 119), y que puede tener, incluso, con carácter forzoso, según el artículo 135 de la ley civil, y que serían aplicables, de 'lege ferenda', por analogía, en situaciones de inseminación artificial heteróloga, obtenida por la fuerza (física o moral), o cuando la mujer inseminada estuviere privada de la razón o de sentido o fuere menor de doce años, ya que la filiación endosada por vía penal —artículo 444 del Código—, trata de reparar en cierta medida las consecuencias no queridas por la propia víctima, y esas mismas razones operarían en el caso de inseminación artificial heteróloga producida de manera violenta".⁴⁸

De otro lado, Ellis Hermydio Figueira, sostiene que **"no ambito penal, da inseminacao artificial poderá conduzir a diversas modalidades delituosas, que embora objeto deste trabalho, contudo, poderao ser apontadas, dentre várias, as principais consequencias da sua prática:**

"a) Crime de atentado ao pudor fraude (artigo 216, do Código Penal):

Se praticado através de procedimento enganoso em mulher solteira; se perpetrado em mulher casada, sem o seu consentimento;

"b) Crime de atentado violento ao pudor (artigo 214 do Código Penal): Se praticado mediante constrangimento, violencia ou grave ameaca, em mulher solteira. Se praticada, em identica forma, contra menor de 14 anos, alie-

(48) Rico Lara, Manuel. Op. cit., pág. 153.

nada ou débil mental do conhecimento do agente ativo, ou se a ofendida for incapaz de oferecer resistencia (Artigos 214 c/c 224, letras "a", "b", e "c");

"c) Crime de corrupcao de menores (artigos 218, do Código Penal): Se perpetrado em menor de 18 e maior de 14 anos;

"d) Crime de constrangimento ilegal (artigo 146 do Código Penal): Se o sujeito ativo foi constrangido pelo passivo ou terceiro. Há, ainda, quem ve na inseminacao artificial a forca, configuracao do crime de lesao corporal (artigo 129 Nº 1º e 2º, do Código Penal).

"Temos que nossa lei penal ressentida de disposicao disciplinadora sobre o assunto, principalmente no que concerne a exclusao de responsabilidade penal quanto ao aborto, no caso da inseminacao artificial heteróloga contra a vontade da mulher, ou quanto esta for menor e incapaz de consentir, acrescentando-se, dessa maneira, um inciso ao artigo 128 do Código Penal Brasileiro".⁴⁹

Cuello Calón, considera, "que no es posible encajarla en el caso de ser declarada punible, en ninguno de los delitos examinados..."⁵⁰ Para Rodríguez Davesa, "las prácticas eutelegénicas pueden constituir, el delito de escándalo público".⁵¹

Martínez-Val, cree que a pesar de conservarse la acción de "yacer", como presupuesto en la tipificación de los delitos de violación, estupro y adulterio, era lógico este requisito, antes de que surgiera tal posibilidad de practicarse la inseminación artificial. "Más ahora, parece que, coincidiendo con el hecho de la inseminación, los requisitos exigidos por el Código Penal para tipificar cada uno de estos delitos podría subsumirse la inseminación en sus respectivas figuras, aunque tuviera una penalidad más atenuada". Pero, admite este autor que su planteamiento, "pugna con la constante práctica judicial penal, enemiga de la analogía", pero su planteamiento va enderezado a evitar que ante la ausencia de reglamentación no queden sin castigo los casos de fecundación artificial practicada con violencia, engaño o infidelidad conyugal.⁵²

(49) Figueira, Ellis Hermydio. Op. cit., pág. 150.

(50) Cuello Calón, Eugenio. "Tres Temas Penales". Citado por Rico Lara, Manuel. Op. cit., pág. 149.

(51) Rodríguez, Davesa. "Derecho Penal Español", 1966, pág. 170. Citado por García Aguilera, op. cit., pág. 206.

(52) Martínez-Val, José María. Op. cit., págs. 111 y 112.

Presentada una reseña suscita de la posición adoptada por algunos doctrinantes en torno al problema que estudiamos, algunas de las cuales aceptamos en su integridad, transcribimos a continuación el texto de algunos proyectos de ley, tendientes a lograr la regulación penal de la inseminación artificial.

10. Proyectos de ley incriminadores de la inseminación artificial.

Ha sido fuente de continuas discusiones el de si se debe rechazar o aceptar la práctica de la inseminación artificial que ha dado lugar a que surjan problemas de diversa índole: biológicos, morales, sociales y jurídicos. En lo que si parece haber consenso es en el rechazo de la inseminación artificial heteróloga, tal como se observa en los siguientes proyectos de ley presentados en distintos países del mundo.

El objeto jurídico protegido por la ley al sancionar la práctica de la inseminación artificial heteróloga, debe ser el interés del Estado en garantizar el orden jurídico matrimonial, en tutelar el 'status conyugal', el interés de evitar la "turbatio sanguinis" y la incertidumbre de la prole, el deseo de reforzar la obligación de fidelidad matrimonial impuesta a los cónyuges por la ley, etc.

El proyecto alemán de Código Penal de 1962, asimila la práctica de la inseminación artificial heteróloga al adulterio y no cambia en nada por el consentimiento de los interesados. Eugenio Cuello Calón, aludiendo a este proyecto dice que "como la inseminación artificial transtorna las raíces de la vida común humana, un moderno código penal no puede descuidarla" y afirma que por primera vez la inseminación artificial, en su aspecto más dañoso e inmoral, la denominada heteróloga aparece prevista como hecho delictuoso.

El proyecto a que hemos hecho referencia, en el artículo 203, del grupo de "Delitos contra el matrimonio, la familia y el estado de las personas", 'prevé la transferencia artificial del semen', así:

- 1º El que ejecutare sobre una mujer una inseminación artificial será castigado con prisión hasta por tres años.
- 2º La mujer que permitiere sobre sí misma una inseminación artificial, será castigada con prisión hasta de dos años o con arresto penal.

3º Los párrafos 1) y 2) no serán aplicables cuando el médico, con consentimiento de ambos cónyuges, insemine con semen del marido a su mujer.

4º Si el hecho del párrafo 1) fuere ejecutado sin consentimiento de la mujer, la pena de prisión no será superior a seis años".⁵³

En Italia, se han presentado dos proyectos en el Parlamento, sobre prohibición de la inseminación artificial heteróloga. El primero por Giuseppe Gonella, el 25 de noviembre de 1958, y que consta de un solo artículo.

"La mujer que permite sobre sí, con semen total o parcialmente distinto al del marido, prácticas inseminadoras será castigada con reclusión hasta de un año. Con la misma pena será castigado el marido que haya consentido, así también como el tercero dador del semen, y cualquiera que sobre mujer casada cumpla actos idóneos de inseminación artificial".

El otro proyecto fue presentado el 8 de abril de 1959, entre otros por Riccio, Raffaello Russo Spina y por Funzio, con el siguiente articulado:

"Artículo 1º.- La mujer casada que permita sobre sí la inseminación artificial heteróloga aunque haya existido el consentimiento del marido, será castigada con reclusión de tres meses a tres años.

Artículo 2º.- La mujer soltera que permita sobre sí la inseminación artificial será castigada con reclusión de seis meses a tres años.

Artículo 3º.- El que realice prácticas inseminatorias sobre mujer, aún con su consentimiento, será castigado con reclusión de tres meses a tres años. La misma pena se aplicará al marido que haya consentido la inseminación heteróloga de su esposa.

Artículo 4º.- Los cónyuges que soliciten y permitan la inseminación artificial homóloga, serán castigados con reclusión de tres a seis meses.

(53) Tomado del artículo de Cuello Calón, Eugenio. "En torno a la inseminación artificial en el campo penal, publicado en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", N° mayo-agosto de 1961, editado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, de Madrid (España).

Artículo 5º- El marido puede desconocer el hijo concebido durante el matrimonio mediante inseminación artificial heteróloga, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235 del Código Civil”.

Al ser discutido el anterior proyecto en la Comisión respectiva del Parlamento Italiano, se le dio informe favorable, pero se rechazó el art. 4º que prohíbe la inseminación artificial homóloga.⁵⁴

Por referencias de un autor, se sabe que en los Estados Unidos, más exactamente en los Estados de Georgia y Oklahoma, se acepta legalmente la inseminación artificial heteróloga de la esposa mediante consentimiento del marido que debe ser dado por escrito. Y la jurisprudencia norteamericana muestra una notable evolución. Primitivamente (así, en la causa “Doornbos vs. Doornbos” resuelta por el Tribunal de Juicio de Nueva York), consideró que la inseminación heteróloga era contraria al orden público y buenas costumbres (is contrary to public policy and good morals), aunque se hubiera practicado con consentimiento del marido. Más tarde, sin embargo, probado ese consentimiento, la misma Corte de New York en dos juicios similares (“People vs. Soremsen” y “Anonymous vs. Anonymous”), ordenó al marido pasar alimentos y sustento al hijo así concebido. En los Estados de Georgia y Oklahoma, se juzga que el hijo concebido mediante inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido queda LEGITIMADO.⁵⁵

11. La inseminación artificial en el Código Penal Brasileiro de 1969.

El nuevo Código Penal Brasileiro (Decreto-ley Nº 1004, del 21 de octubre de 1969, con las modificaciones de la ley 6.016, de 31 de diciembre de 1973), fue el primero en el mundo que tipificó como delito “CONTRA EL ESTADO DE FILIACION” la inseminación artificial heteróloga, “colocando a Brasil na vanguarda das legislações penais de todo o mundo”.

El artículo 208, de este Código es del siguiente tenor:

“Permitir que una mujer casada su propia fecundación por medio artificial, con semen de otro hombre, sin que lo consienta el marido.

(54) Datos tomados de la Revista Italiana “Di Diritto e Procedura Penale”, fascículo de enero-marzo de 1960, págs. 151 y 152, Milano, Giuffrè Editor.

(55) Zannoni. Op. cit., págs. 61 y 62. Notas Nros. 36 a 38,

La pena es de detención, hasta por dos años.

Solamente se procede mediante querrela”.⁵⁶

El Profesor Damasceno Weyne, en su trabajo ya citado, formula algunos comentarios críticos al artículo 268 del C. P. Brasileiro, algunos de los cuales compartimos, así:

1). Tentativa y (Consumacao) Consumación:

Dice este autor, (Damasceno Weyne), que el uso de los términos de fecundación artificial “para dar nome ao novo delito . . . possui palpitante interesse prático” ya que “está relacionada com a tormentosa matéria problemática da TENTATIVA e da CONSUMACAO”. Se pregunta, cuál ha de ser el momento consumativo del crimen: “O da inoculação do semen nos genitais femininos, ou o da concreta fecundação, ou seja da impregnação do óvulo pelo espermatozoide? Dice que la última hipótesis sería “extraordinariamente” difícil por razones obvias, “precisar o momento exato da consumação”, ya que imposibilitaría “O cálculo dolapso prescricional e a fixação da competência racione loci”. Es evidente que si se hubiera usado el término correcto, es decir, el de inseminación artificial, esta situación dudosa no tendría porque presentarse. En otra parte de este trabajo decíamos que el Derecho Penal debe interesar la inseminación artificial. Es la técnica biológica-instrumental lo que ha de incriminar, no el producto de ella (la fecundación). Es la acción de INSEMINAR, con dependencia de que se logre el resultado apetecido (fecundación), lo que debe penar la ley.⁵⁷

Si se admitiera como momento consumativo del delito la “concreta fecundação do óvulo”, habría que aceptar como hechos meramente preparatorios, los actos relativos al consentimiento formal del agente, la colección, examen, selección y conservación del semen, en cuanto serían típicos de ejecución “as manobras de inoculação do esperma”.

“Neste caso, —apunta Damasceno Weyne— frustrada a fusão dos gametas, por circunstância alheia a vontade do (s) agente (s), ainda que já concluída a inoculação, haveria simples tentativa”.

(56) “No Título VII, “DOS CRIMES CONTRA A FAMILIA”, Capítulo III, “DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO”, artigo 268, sob o nomen juris “FECUNDACAO ARTIFICIAL”, estão o preceito e sanção, assim: “Permitir a mulher casada, sem que o consinta o marido a própria fecundação artificial com semen de outro homem. Detenção até dois anos. Somente se procede mediante queixa”. (Tomado de Damasceno Weyne, op. cit., pág. 111).

(57) Vide, supra num. 5.

La inseminación artificial como hecho punible, es de peligro, **"E o ato de derramar, na cavidade ou no colo uterinos, em período fértil, semen masculino normal, constitui, em si, a conduta perigosa que a norma penal, agora criada, tornará, em breve, proibida"**.

Damasceno Weyne, concluye manifestando que **"O legislador, entre tanto pretendeu significar que o crime se consuma com a mera deposicao do esperma na genitália"**. Conclusión con la que estamos totalmente de acuerdo.

2). La inseminación artificial como **"Crime de constringimento ilegal"**:

Dice Damasceno Weyne, que la inseminación artificial homóloga y otras hipótesis de la práctica inseminatoria, como la realizada en mujer núbil, en incapaz, o con semen de tarado, o loco, no fueron previstas. Algunas de cuyas variedades **"podem, eventualmente, conter-se sob a abalarga do crime de constringimento ilegal;⁵⁸ outras, simplesmente, escapam a qualquer tipicidade penal"**.⁵⁹

3). La inseminación artificial como **"Crime contra o casamento"**.

Considera este autor, que la inseminación artificial heteróloga, fue correctamente **"catalogada entre os crimes contra a Família"** por ser ella el núcleo fundamental de la sociedad, donde el hombre molda sus primeros pasos, en el calor de un ambiente de confianza e intimidad forjado **"pelo casamento"** (matrimonio). Cualquier acontecimiento que atente contra esa armonía, que amenaza o viole ese orden intangible, **"é contra a família, em primeiro lugar que se dirige"**.

El legislador consideró —dice Damasceno— **"ser maior grave-me o infringido a filiação do que ao casamento. Por isso, incluiu a figura delituosa no respectivo capítulo"**.

Con todo ésto, Damasceno Weyne, considera que **"antes de atentar contra o estado de filiação, a conduta típica, descrita no artigo 268, volve contra o próprio casamento, no aspecto particular da disciplina jurídica de sociedade conjugal"**.⁶⁰ Sustenta su posición en que la inseminación artificial heteróloga no consentida por el

(58) Vide, infra num. 20. Donde señalamos la ineficacia de este artículo (280 del C. P. Colombiano), en virtud de la regulación plasmada en el artículo 276, ibídem. (Constrañimiento ilegal).

(59) Damasceno Weyne. Op. cit., pág. 116.

(60) Ibídem.

marido, compromete de tal manera el orden jurídico del matrimonio, que inclusive algunos juristas de renombre como Chiarotti y Battaglini, **"chegaram a concordar em que tal conduta é típica de adultério"**. **"Logo —a figura— delituosa está deslocada. Seu lugar é ao lado do adultério, entre os crimes contra o casamento. A protecao ao estado de filiação ocorreria, sem dúvida, por vía de consecuencia"**.⁶¹

Además, ¿quien, fuera del Estado, es el sujeto pasivo en este ilícito? **"Sem dúvida, o marido, como tal, ou seja, como outro elemento da sociedade conjugal. O direito do marido é que foi violado: é ele a pessoa precipuamente atingida pela infracao penal. Seu dissenso torna o fato antijurídico. Se consentir, nao haverá ilicitude na conduta da inseminada, pois, o consentimento importará na renúncia de um direito que lhe veio com o casamento"**.⁶² Todo esto para concluir que **"entre os crimes contra o casamento, deveria aparecer a novel figura delituosa"**.

Nosotros hemos considerado conveniente negar al marido el derecho de consentir la inseminación heteróloga, siempre y cuando no existan razones de tipo terapéutico que la justifiquen. Podrá

(61) Ibídem., pág. 118.

(62) Ibídem. El Profesor *Munhoz Netto, Alcides*, de la Universidad de Paraná, sugiere la "suprecao" del artículo 268 del C. P. Brasileiro, ya que en los países latinos el fenómeno de la inseminación artificial es rarísimo y quizás inexistente. No concibe, por otro lado, que la práctica de la inseminación artificial deba subordinarse "ao dissenso do marido", ya que si lo que se quiere preservar es el estado civil y los intereses patrimoniales de la "prole" legítima, "o consentimento do marido teria que ser irrelevante". Considera Munhoz Netto, que la posición más acertada de la inseminación artificial "seria, contudo, entre os crimes contra o casamento. Tal como o adultério, a inseminacao da mulher casada, com o semen de outro homem a revellia do marido, afeta mais de perto a estabilidade do matrimonio". Para solucionar esta incongruencia, propone Munhoz Netto transformar el artículo 268 en numeral (1º), del artículo 265, "em substituição do atual, que é supérfluo". "Eis a sugestao: "ADULTERIO: artigo 265 —cometer adultério. PENA: detenção até seis meses. INSEMINACAO ARTIFICIAL: 1º Na mesma pena incorre a mulher que, sem que o marido consinta, permitir a própria fecundacao por meio artificial com semen de outro homem.

ACAO PENAL: 2º A acao somente pode ser intentada pelo conjuge ofendido e dentro de un mes após o conhecimento do fato

3º A acao penal nao pode ser intentada:

I) Pelo conjuge desquitado;

II) Pelo conjuge que consentiu no adultério ou perdoou, expressa ou tacitamente. PERDAO JUDICIAL: 4º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I) Se havia cessado a vida em comun dos conjujes;

II) Se o querelante havia praticado qualquer dos atos que, pela lei civil autorizam a acao de desquite judicial". "Inseminacao Artificial no Código Penal de 1969", en "Justitia", N° 89, 1975 p. 189.

Cfr. además a *Serrano Neves*. "Adultério, inseminacao e mimetismo", en "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlandia", V. 6, N° 2, 1977, pág. 79.

decirse que el derecho de consentir la inseminación artificial heteróloga por parte del marido, ¿es un derecho que emana del matrimonio? Creemos que no. El consentimiento o voluntad del marido sería irrelevante, pues operaría el principio de la indisponibilidad de los derechos de familia, tan combatido por algunos.

4). "O sujeito ativo do crime de inseminação artificial":

El "crime próprio", es una especie de delito que exige "sujeito ativo específico, ou seja pessoa com determinadas qualidades ou condicoes, jurídicas ou de fato". La inseminación artificial heteróloga es un "crime próprio" y "ante a vexata questão do concurso de agentes no crime propio... nos levam a pensar que as condutas dos participantes necessários deveriam ter definicoes autonomas, no novo Código.

"A diversidade, entre si, das condutas para a realização cabal do tipo, faz-se notar a primeira vista: O agente principal permite, isto é entrega-se a inseminação; o doador fornece o semen; o inminação executa a operação. Atuacoes, já se ve, rigurosamente delimitadas e absolutamente indispensáveis".⁶³

Además, no hay que olvidar y en esto estamos de acuerdo con Damasceno Weyne, que "O sujeito ativo do crime de inseminação artificial é a esposa... O homem nao poderá ser sujeito ativo desse crime..."⁶⁴

12. Nuestra posición. Proyecto de artículos:

Nuestra posición la hemos venido planteando a lo largo de estas notas, y creemos haberla podido resumir, en lo fundamental, en el siguiente proyecto de ley, en el que mezclamos los aspectos más importantes que han motivado el propósito de estas notas.

Ubicamos el delito de inseminación artificial heteróloga, en los delitos Contra la Familia, al lado del incesto, de la bigamia y de los matrimonios ilegales, de la supresión, alteración a suposición del estado civil y de los delitos contra la asistencia obligatoria.

Proponemos la siguiente redacción para el delito de inseminación artificial heteróloga:

(63) Damasceno, Weyne. Op. cit., pág. 123.

(64) *Ibidem* pág. 120.

CAPITULO...

De la inseminación artificial.

—Art... Inseminación artificial heteróloga. La mujer que ejecutare sobre sí, o permitiere que otro le ejecutare, con semen total o parcialmente distinto al del marido, prácticas inseminadoras, incurrirá en prisión de a años. A la misma sanción estarán sujetos el tercero que con conocimiento de causa done, venda o facilite el esperma y cualesquiera que sobre mujer casada cumpla actos idóneos de inseminación artificial.

—Art... Exclusión de pena. No habrá lugar a la sanción determinada en el artículo anterior, cuando la inseminación fuere practicada previo consentimiento de los cónyuges y mediando razones comprobadas de orden médico que la justifiquen por esterilidad en el marido o por otros motivos de orden fisiológicos o patológicos que impidan la utilización del semen del marido".

13. Justificación al anterior proyecto:

Con autoridad a dicho Zannoni que "lo trascendental es responder al interrogante que nos lanzan las conquistas de la moderna genética y de la embriología permitiendo, de diversas formas, ayudar, facilitar y hasta posibilitar el acto biológico de la fecundación. Esta ayuda, facilitación o posibilitación, no son, por sí mismos, ni buenos ni malos, sino se los vincula con el entorno ético en que se aplican. Creemos que son buenos en la medida que no violenten la participación personal e indelegable de los genitores en la creación de la vida humana del hijo".⁶⁵

Algunas explicaciones:

1). Consideramos que la tipificación de la inseminación artificial heteróloga va encaminada a la protección de los fundamentos en que se edifica la familia. Su práctica indiscriminada va contra la autenticidad de la familia, contra la consanguinidad real que es la base y fundamento del parentesco, el padre auténtico ignorará a su verdadero padre. La paternidad y la filiación, hechos tan entrañables, quedarán deshumanizados.

Refiriéndose a la situación moral del hijo, producto de la inseminación artificial —dice Martínez-Val—, que "una serie de com-

(65) Zannoni. Op. cit., págs. 114 y 115.

plejos psicológicos, desde el de inferioridad hasta el de desarraigo de las instituciones familiares, que en su más noble y entrañable raíz: la paternidad se habrá convertido para él en un mero proceso biológico o mejor de bioquímica. El descubrimiento de un padre anónimo y de la falsedad de los lazos familiares que haya conocido hasta entonces le llevará, sin duda, a la desconfianza de los sentimientos humanos y a no respetar en el fondo nada de lo social, puesto que habrá perdido la fe en lo más respetable y venerado: el padre, la madre, la familia".⁶⁶

Vasalli, dice que "no hay duda de que, aparte de peligros de carácter biológico para las futuras generaciones conectados con una eventual difusión de la práctica, aún la personalidad del nuevo ser, justamente bajo el aspecto de indignidad, podría resultar en cualquier caso comprometido".⁶⁷

No estamos contra la inseminación artificial, censuramos su práctica desde el momento en que ella ofende la dignidad del hombre convirtiéndolo en un simple "portador de gérmenes", y la mujer conducida a la categoría de "máquina de gestación" y el hogar en un "simple laboratorio biológico".

2). Sobre consumación y tentativa, remitimos a otro aparte de este trabajo.⁶⁸

3.) El delito de inseminación artificial heteróloga, plantea un original problema de autoría. La mujer salvo que la inseminación se practique sin o contra su voluntad, debe ser considerada AUTORA o SUJETO ACTIVO, en cuanto es partícipe directa de la ejecución del hecho. El deber de ser fecundada por el esposo, es específico de la esposa. Por lo tanto ella puede cumplirlo o violentarlo. De allí que el hombre no podrá ser sujeto activo de este crimen, tampoco la mujer soltera o viuda.

El delito de inseminación artificial heteróloga requiere normalmente la presencia de por lo menos tres personas: el dador del semen, el inseminador y la inseminada.

El dador, será extraño al matrimonio, anónimo o conocido, casado o soltero. Su responsabilidad está condicionada al conocimiento del destino ilícito que le van a dar a su semen. No en el caso, debidamente probado, de que su donación hubiese sido para otros fines (por ejemplo, experiencias de laboratorio, análisis, etc.),

y ello porque resulta evidente que sin su acto y su líquido seminal no hubiera podido ejecutarse la inseminación.

El inseminador, es el agente técnico, médico, en la mayoría de los casos. Aunque podría tener otra calificación, un genetista, un biólogo o cualesquier persona que posea la técnica necesaria para inseminar.⁶⁹

4). Una cuestión que se presta a discusiones, es la de sí, debe ser delito perseguible de oficio o a instancia de parte. Para unos la inseminación artificial, por su carácter íntimo, debe dejarse a la libre disposición de los interesados la acción penal, por la posibilidad de detener o aminorar el escándalo, la limitación del conocimiento a un menor número de personas, evitando perjuicios de orden moral o familiar, etc., a la víctima de esta clase de delitos. (De la injuria y la calumnia, de los delitos contra la asistencia familiar, de la usurpación, en el Código Penal Colombiano).

Creemos que este planteamiento no tiene asidero, en la inseminación artificial heteróloga, en vista de la trascendencia social que ella reviste, no puede ser indiferente a la sociedad la introducción en ella de gran número de miembros ilegítimos de dudosa o ignorada procedencia, con su posible carga de complejos afectivos y de inadaptación al llegar al uso de razón.

Si se incorporara este delito a los llamados "perseguidos a instancia de parte", equivaldría a su impunidad. En el supuesto de la mujer casada, bastaría con que el marido consintiera para pensar que los interesados jamás ejercitarían el derecho de denuncia o querrela.

En consecuencia, estimamos que para la eficacia de su represión, la inseminación artificial heteróloga debe ser configurada como delito perseguible de oficio.

El Código Penal Brasileiro, exige en su artículo 268, el inicio de la acción, solamente mediante querrela.

(67) Vasalli. Op. cit., pág. 26.

(68) Vide Supra, num. 11., 1)

(69) En Inglaterra como en los Estados Unidos, esa técnica es una especialización de la medicina, como cualquier otra, con sus congresos, sus equipos, sus laboratorios y sus "bancos de semen".

(66) Martínez-Val. Op. cit., pág. 54.

imposiciones del ordenamiento jurídico, tendiente a mantener el orden social y evitar la lesión de los derechos ajenos".⁷²

La conducta punible en estos delitos, consiste en los actos de violencia o de amenaza con los cuales el sujeto activo obliga a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, que de otra suerte no lo habría hecho, tolerado u omitido; y en esto consiste la lesión de la libertad individual.

Que se quiera proteger la "libertad individual" de la mujer, para que ella "voluntariamente", opte por la práctica inseminatoria, si así lo desea, está bien. Hasta este punto es plausible la intención del legislador, pero lo que no compagina con su "querer", son los agravantes que consagra el segundo inciso del artículo en comento, tal como lo pasamos a demostrar.

16. Agravantes del artículo 280 del Código Penal Colombiano:

Atendiendo a lo preceptuado en el primer inciso de este artículo, el sujeto pasivo necesariamente ha de ser una mujer soltera o casada y por tratarse de una norma que tutela la "libertad" de acción de la mujer sea cual fuere su estado civil y su edad, es indiferente para la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta, el origen del semen utilizado en la operación inseminatoria. Si la mujer inseminada "sin su consentimiento" es casada, es intrascendente, que el semen provenga de su marido (homóloga) o de un extraño (heteróloga), lo que se quiere proteger es la autonomía personal de la mujer.

Ahora bien, según inciso siguiente de este mismo artículo, la conducta del sujeto activo se agravará (hasta seis (6) años de prisión), si concurriere alguno de estos supuestos:

- (A) que la mujer inseminada "sin su consentimiento" fuere casada y el semen utilizado en dicha práctica no proviniera de su esposo, y;
- (B) que la mujer inseminada, fuere soltera menor de dieciseis (16) años.

Lo anterior, nos indica, que no existirá el agravante, aunque concurra algunos de estos supuestos:

(72) Fontan Balestra, C. "Tratado de Derecho Penal", Tomo V, Abeledo Perrot, Bs. As., 1969, pág. 254.

- (A) que la mujer inseminada "sin su consentimiento" fuere casada y el semen utilizado en dicha práctica proviniera de su esposo (homóloga), y;
- (B) que la mujer siendo casada e inseminada "sin su consentimiento" con semen de su esposo, fuere menor de dieciseis (16) años.

Planteada así la situación, tenemos que la mujer casada menor de dieciseis años, que sea inseminada "sin su consentimiento" con semen de un donante que no sea su marido (heteróloga), dará lugar al surgimiento del agravante, no por ser menor, sino por tratarse de inseminación artificial heteróloga, pero si esa menor de dieciseis años, es inseminada "sin su consentimiento" con semen de su esposo, no existirá el agravante, por tratarse de inseminación artificial homóloga.

17. Crítica a los agravantes del artículo 280 del Código Penal:

1). Primer agravante: inseminación artificial heteróloga:

¿Cómo es que un individuo que viola el derecho de autonomía de una mujer casada, al inseminarla artificialmente "sin su consentimiento", a más de responder por una infracción contra la libertad individual, por ser este el "bien ofendido" deba agravarse su conducta, por haber utilizado líquido fertilizante no correspondiente al marido de ésta? ¿Qué tiene que ver la procedencia del semen en la tipificación de un delito contra la libertad, acaso ésta no se encuentra igualmente violada, independientemente de que el semen provenga del marido o de un extraño?

2). Segundo agravante: inseminación artificial en mujer soltera menor de dieciseis años:

Este agravante tendría justificación, si la situación de inferioridad en que se encuentra una mujer en razón de su edad, se hiciera extensiva, a todas sin importar su estado civil. No se explica cómo una mujer menor de dieciseis años por ser soltera, deba ser objeto de especial tutela penal, la que no tendría otra en las mismas condiciones de inferioridad, por el solo hecho de ser casada. Esto sin olvidar que el bien jurídico protegido es la "libertad individual", lo que no debe ser objeto de valoración, atendiendo a parámetros circunstanciales, como es el estado civil de una persona. ¿O es que el derecho que una mujer casada menor de dieciseis años, tiene de que se le respete su autonomía personal es de infe-

rior "categoría", a la que le asiste a una soltera, en las mismas condiciones objetivas y subjetivas? ¿Qué sucede si la mujer inseminada sin su consentimiento es viuda, existirá el agravante por el hecho de ser menor de dieciseis años?

18. Consentimiento de la mujer de dieciseis años:

A partir de la vigencia del Nuevo Código Penal se permite en Colombia la inseminación artificial cualquiera sea su modalidad, homóloga, heteróloga o mixta, incriminándose, como delito contra la autonomía personal, siempre que su práctica no estuviere precedida del debido consentimiento de la mujer, pero, tal como está redactado el segundo inciso del artículo 280, no es preciso que el agente emplee violencia física o moral para que se haga reo de delito contra la autonomía personal, cuando se insemina artificialmente a una mujer SOLTERA menor de dieciseis años, como quien dice, no basta su consentimiento, para erradicar la ilicitud de la conducta del sujeto activo.⁷³

La ley presume que el menor de edad carece de todo discernimiento y de toda voluntad para disponer libremente de su cuerpo, y es claro que por ello mismo está imposibilitado física y moralmente para defenderse. Esta clase de violencia, es conocida en la doctrina con el nombre de "OPE LEGIS", porque dimana de una mera imposición legal, cuyo fundamento surge de la falta de consentimiento presuntivo, debido precisamente a la edad de la víctima. La ley presupone que el menor puede prestar un consentimiento, hijo de su espontaneidad, pero no producto de su voluntad.

Esta bien que se quiera proteger la ausencia de discernimiento en las mujeres menores de dieciseis años para disponer libremente de su cuerpo, ¿pero porqué discriminar atendiendo a su estado civil? ¿Por qué el consentimiento que una mujer casada o viuda menor de dieciseis años, otorgue para que se le insemine artificialmente, es suficiente para despejar de toda ilicitud la conducta del inseminador, y no lo es, si aquella fuere soltera? ¿Habrá acaso alguna explicación jurídica a estos interrogantes? Sinceramente no la encontramos.

(73) El artículo 408 del anteproyecto del 78, rezaba: "...la pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga, o de soltera menor de dieciseis años, AUN CON SU CONSENTIMIENTO".

19. La inseminación artificial heteróloga y la "turbatio sanguinis".

¿Como explicar la incongruencia en que ha incurrido el legislador en la redacción de los incisos del artículo 280 del C. P.? Si centramos el análisis de esta disposición atendiendo únicamente al bien protegido por el Título X: "La libertad individual", posiblemente no hallaremos una respuesta satisfactoria.

¿Qué pudo haber "querido" proteger el legislador en la redacción de este artículo? Nos atrevemos a pensar que su "intención" fue más allá de la protección de la libertad o autonomía personal de las mujeres. ¿Cómo explicar que el legislador hubiese "visto" o "previsto" mayor gravedad en la inseminación artificial no consentida cuando se practicare utilizando semen de un extraño, cuando la víctima es una mujer casada, es decir, por qué el legislador consideró que debía ser más drástico en la sanción de la inseminación artificial heteróloga?

No nos equivocamos si afirmamos que el legislador pensó en la familia, en la "turbatio sanguinis", en las bases mismas en que se edifica el Estado. No podía el legislador desatender la doctrina universal que clama el rechazo a la inseminación artificial heteróloga. Savatier, una de las personas que más se ha preocupado por este tema, ha repetido que "si una mujer casada se hace fecundar voluntariamente por la semilla de un hombre que no es su marido, ya desde el momento de intentar ella esta fecundación artificial hace precisamente aquello que la ley penal quiere castigar, pues se expone seriamente al peligro de introducir un intruso en la familia e imponerlo mentirosamente al marido desarmado, como se ve por la máxima 'pater est nuptiae demonstram...'"⁷⁴

No cabe duda que el legislador consideró de vital importancia la incriminación de la inseminación heteróloga, pues de otra manera no sería posible encontrar una explicación convincente a los agravantes del artículo que comentamos.

Hechas las anteriores apreciaciones, se impone necesariamente una pregunta: por qué no regular como hecho punible autónomo, ubicable en los delitos contra la familia, la inseminación artificial

(74) Savatier, P. "La inseminación artificial ante Derecho Positivo francés". Op. cit., págs. 24 y 25. (En la obra "La Fecundación artificial en seres humanos", Colección Problemas de hoy. Studium, Madrid, Bs. As., 1950).

heteróloga, al menos cuando esta se ha practicado sin el consentimiento del marido, tal como ya se hizo en la legislación brasileña.

20. La inseminación artificial no consentida y el consentimiento ilegal:

El artículo 276 correspondiente al capítulo Tercero "DE LOS DELITOS CONTRA LA AUTONOMIA PERSONAL", preceptúa:

"El que constriña a otro a hacer, TOLERAR u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de seis meses a dos años".

Al leer este artículo, surge una duda o interrogante, ¿acaso el hecho de inseminar "sin su consentimiento" a una mujer, no equivale a CONSTREÑIRLA a TOLERAR UNA COSA, que en otras condiciones y voluntariamente no lo hubiere permitido? Si lo "único" que se ha querido proteger al consagrar la inseminación artificial no consentida es la autonomía personal de la mujer, ¿no lo estaría ésta igualmente, en el supuesto de que no existiere el artículo 280 del C. P.?

La respuesta ha de ser afirmativa, puesto que el legislador al redactar el artículo 280, no hizo más que resaltar uno de los tantos comportamientos que el artículo 276 comprende bajo las expresiones CONSTREÑIR "A OTRO A HACER, TOLERAR U OMITIR ALGUNA COSA".

Esta es una de las incongruencias en que ha incurrido el legislador en la redacción del Nuevo Código Penal. Si en el caso hipotético de que se declarara inexecutable el artículo 280 del C. P., ¿quedaría sin incriminación la "inseminación artificial, practicada sin consentimiento de la mujer"? No. Ya que inseminar artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, equivale en otros términos a CONSTREÑIRLA A TOLERAR UNA (cosa) PRACTICA BIOLOGICO-INSTRUMENTAL SIN SU CONSENTIMIENTO.

Confirma lo anterior, las palabras del profesor Magalhaes Noronha, citado por Damasceno Weyne, para quien "mas, o inseminador poderá incidir, eventualmente, no crime de constrangimento ilegal (artigo 146, do Código Penal de 1940): praticando inseminacao contra a vontade da inseminada, ou un menor, pessoa doente mental, ou de outro modo sem capacidade de consentimento".⁷⁵

(75) Damasceno Weyne. Op. cit., pág. 110.

Con lo anterior no queremos decir que no deba incriminarse la inseminación artificial, en alguna de sus modalidades, sino que la consagración legal que de ella se hizo no consulta las exigencias que su práctica indiscriminada reclama.

Si el objetivo que el legislador se trazó al incriminar la inseminación artificial "no consentida", fue la de hacer más gravosa la conducta de quien atentando contra la autonomía personal de la mujer, procediese a dicha práctica, bien pudo haber agregado un segundo inciso al artículo 276, así:

Artículo 276: "CONSTREÑIMIENTO ILEGAL. El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de seis meses a dos años.

Artículo 276 (bis): "CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- 1). Si el delito se comete en persona de inválido, enfermo o menor de dieciseis años.
- 2). Si el delito se comete en persona a la cual se haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender el hecho criminoso.
- 3). Si se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
- 4). En el supuesto del segundo inciso, si la víctima quedare embarazada".

Siendo un hecho probable el embarazo como resultado del acceso carnal violento, el acceso carnal abusivo y de la inseminación artificial no consentida, el Código dispensa un tratamiento especial a la víctima de los citados ilícitos, cuando ésta da muerte (artículo 328), aborta (artículo 345) o abandona (artículo 347), el fruto del acceso o de la inseminación que ella no ha consentido.

Guardando las proporciones, es lógico que se agrave además la conducta del inseminador, cuando la víctima quedare embarazada. He aquí la explicación al numeral 4), del artículo 276 bis, que nos hemos atrevido a redactar. Son interrogantes que plantea-

mos modestamente al cuerpo legislativo, en momentos en que se ha conformado una comisión reformadora del Nuevo Código Penal.

En lo que respecta a los otros agravantes que trae el artículo 280, soltera menor de dieciseis años e inseminación artificial heteróloga, no tienen justificación en el título correspondiente a los delitos contra la libertad individual, tal como lo dejamos planteado en los numerales anteriores.⁷⁶

(Continuará)

ALGUNOS ASPECTOS DE LA MARIHUANA EN COLOMBIA

Bernardo Ramírez Z.

Doctor en Derecho de la U. de A.
Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de
Derecho de la Universidad de Antioquia.
Ejerce la profesión de Abogado.
Medellín, Colombia, Cra. 52 N° 51A-27.
Edificio Gloria, Oficina 202.

(76) Vide Supra Num. 17, 1), y 2).